

ANNATA LXXXIX

Novembre-Dicembre 2014

N. 6

DIR. FALL.

IL DIRITTO FALLIMENTARE E DELLE SOCIETÀ' COMMERCIALI

RIVISTA BIMESTRALE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

GIÀ DIRETTA DA ITALO DE PICCOLI (1924-1940), RENZO PROVINCIALI (1941-1981),

ANGELO BONSIGNORI (1982-2000) E GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE (1982-2003)

DIREZIONE

GIROLAMO BONGIORNO, CONCETTO COSTA,
MASSIMO DI LAURO, ELENA FRASCAROLI SANTI,
BRUNO INZITARI, GIUSEPPE TERRANOVA, GUSTAVO VISENTINI

www.edicolaprofessionale.com/DFSC

 **Wolters Kluwer**
Italia

CEDAM

Poste italiane s.p.a. - Spedizione in Abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1 - DCB Milano - Pubblicazione bimestrale - Con I.P.

**CONTIENE
INDICI
DELL'ANNATA**

DOMANDA DI AMMISSIONE AL CONCORDATO PREVENTIVO E «DIVIETO» DI AZIONI ESECUTIVE

di
SALVATORE ZIINO (*)

SOMMARIO: 1. La legge 26 marzo 1903, n. 197, sul concordato preventivo. – 2. Il divieto di azioni esecutive. – 3. I chiarimenti della dottrina sulla portata del divieto di azioni esecutive. – 4. La evoluzione della dottrina e della legislazione nel passaggio ai codici del 1942: dalla sanzione di nullità alla categoria della inefficacia nei confronti dei creditori. – 5. L'art. 168 della legge fallimentare sul divieto di azioni esecutive. – 6. Conseguenze derivanti dalla abolizione della dichiarazione di fallimento di ufficio. – 7. L'art. 168 legge fallim. vieta di «*prosequire*» le procedure di espropriazione forzata individuale, che restano sospese in attesa dell'esito della domanda di concordato.

1. *La legge 26 marzo 1903, n. 197, sul concordato preventivo.* – La dichiarazione di fallimento costituisce sempre un evento grave ed è fonte di pregiudizi sia per l'imprenditore sia per l'economia generale.

Il primo soggetto che riceve un danno è l'imprenditore, che viene privato dell'amministrazione dei suoi beni, subisce conseguenze personali ed è soggetto a sanzioni penali, che non trovano applicazione nei confronti dei soggetti *in bonis*.

Il fallimento comporta anche la liquidazione giudiziale dei beni e la dissoluzione dell'azienda: le conseguenze dannose non colpiscono soltanto la singola impresa e il valore che rappresenta, ma anche i creditori ed i lavoratori dipendenti.

A causa degli effetti prodotti da questa procedura, anche le legislazioni più severe nei riguardi degli imprenditori insolventi si sono sempre preoccupate di limitare le conseguenze dannose del fallimento, predisponendo speciali istituti diretti a prevenirlo o ad evitarlo ⁽¹⁾.

(*) Professore associato di Diritto processuale civile nell'Università di Palermo.

(¹) Così per tutti S. SATTA, *Diritto fallimentare*, 2^a ed., aggiornata ed ampliata da R. Vaccarella e F.P. Luiso, Padova, 1990, pag. 445 segg.; U. PIPIA, *Del fallimento e del concordato preventivo*, Torino, 1931, pag. 1 segg.; A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima*

Per questo scopo il codice di commercio del 1882 introdusse la moratoria, che consisteva sostanzialmente in una dilazione accordata al commerciante insolvente.

Il commerciante insolvente per accedere alla moratoria nei pagamenti doveva fornire «*valide prove che la cessazione dei pagamenti fu conseguenza di avvenimenti straordinari ed imprevedibili o altrimenti scusabili; e dimostrare con documenti e con prestazioni di idonee garanzie che l'attivo del suo patrimonio supera il passivo*» ⁽²⁾.

La moratoria poteva essere chiesta prima del fallimento, doveva essere approvata dai creditori all'unanimità ed aveva durata non superiore a sei mesi ⁽³⁾.

Questo istituto non ebbe successo in quanto legato a presupposti troppo rigidi. Accadeva spesso, inoltre, che il commerciante dissimulasse attività inesistenti per essere ammesso alla moratoria, nella speranza di coltivare trattative stragiudiziali con i singoli creditori ⁽⁴⁾.

La moratoria poteva essere richiesta anche dopo la dichiarazione di insolvenza, per ottenere la sospensione della efficacia della sentenza di fallimento.

Come si è detto, questo istituto non fece buona prova di sé e contro di esso furono mosse molte critiche, perché il presupposto sostanziale – attivo superiore al passivo – era illusorio ed era causa di costanti frodi e simulazioni. Inoltre la moratoria consentiva una semplice dilazione e non era un mezzo di sistemazione del dissesto alternativo alla dichiarazione di fallimento, con la conseguenza che spesso i creditori si trovavano costretti a sottostare a forme di concordato stragiudiziale ovvero ad accordi amichevoli stragiudiziali iniqui e senza alcuna garanzia di uniformità di trattamento ⁽⁵⁾.

del fallimento, Torino, 1902, pag. 45 segg., il quale ricorda la tradizione giuridica italiana aveva conosciuto il concordato preventivo regolato dallo Statuto dei Mercanti di Firenze del 1415 e di Lucca del 1555. Per richiami agli strumenti di composizione del dissesto diversi dal fallimento negli ordinamenti stranieri si veda il volume *Cross-Border Insolvency: National and Comparative Studies. Reports delivered at the XIII International Congress of Comparative Law*, Montreal 1990, Tubinga, 1992. Più di recente, anche per richiami, v. M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in questa *Rivista*, 2008, I, pag. 256 segg.; P. QUARTICELLI, *Gestione negoziata della crisi di impresa e autotutela preventiva dei diritti dei creditori nel confronto fra la riforma francese della procédure de conciliation e la nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca e borsa*, 2011, pag. 11 segg.; E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il «decreto sviluppo»: legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pag. 426 segg.; P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Il Fallimento*, 2011, pag. 129 segg.

⁽²⁾ Art. 819 del codice di commercio, richiamato dall'art. 827 dello stesso codice.

⁽³⁾ Su questo istituto, per tutti, G. BONELLI, *Del fallimento*, in AA.Vv., *Commentario al Codice di Commercio*, vol. VIII, parte III, Milano, s.d. (ma 1907), pag. 185 segg.

⁽⁴⁾ G. BONELLI, *op. cit.*, pag. 190 segg.; U. NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. II, Bologna, 1935, pag. 309 segg.

⁽⁵⁾ Per tutti, G. BONELLI, *op. loc. ult. cit.*; L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1931, pag. 13 segg.

I difetti di questo istituto e la mancanza di strumenti a disposizione del «*commerciant sventurato ed onesto*» ⁽⁶⁾ nel 1894 portarono alla nomina di una Commissione di professori e magistrati, chiamati a predisporre modifiche alla disciplina delle procedure concorsuali.

Una Sottocommissione si occupò di introdurre un nuovo istituto, il concordato preventivo, che avrebbe soppiantato la moratoria ed era ispirato a legislazioni straniere ⁽⁷⁾.

Il progetto, che fu opera pressoché esclusiva del prof. Leone Bolaffio, divenne la legge 26 marzo 1903, n. 197, «*Sul concordato preventivo e sulla procedura dei piccoli fallimenti*».

Questa legge abrogò la moratoria e introdusse l'istituto del concordato preventivo nell'ordinamento italiano.

Il concordato preventivo mirava principalmente a salvare il debitore dalla catastrofe del fallimento, ma nello stesso tempo era un «*tavola di salvezza*» per i creditori ⁽⁸⁾, perché poteva evitare la dissoluzione dell'impresa ed una procedura lunga e dispendiosa per la liquidazione dei beni del debitore ⁽⁹⁾.

La legge n. 197 del 1903 presentava diversi inconvenienti e la nuova procedura non ebbe il successo auspicato.

Per questi motivi venne modificata dal D.L. 8 febbraio 1924, n. 136 (convertito nella legge 17 aprile 1925, n. 473) e dalla legge 10 luglio 1930, n. 995.

Le norme sugli effetti del concordato preventivo sulle azioni esecutive furono introdotte con la legge n. 197 del 1903 e restarono immutate fino all'entrata in vigore della c.d. legge fallimentare, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, tuttora vigente.

2. *Il divieto di azioni esecutive.* – L'art. 7, comma 1, della legge n. 197 del 1903, stabiliva che dalla data di presentazione del ricorso contenente la proposta di concordato preventivo «*e fino a che la sentenza d'omologazione sia definitivamente esecutiva, nessun creditore per causa o titolo anteriore al*

⁽⁶⁾ U. NAVARRINI, *op. cit.*, pag. 307.

⁽⁷⁾ In numerosi ordinamenti stranieri erano in vigore strumenti alternativi al fallimento, previsti a favore dell'imprenditore sfortunato ma onesto: cfr., anche per richiami, L. ZINNO TODARO, *Il concordato preventivo. Note di legislazione comparata*, Palermo, 1904, *passim*, ed ivi anche una sintesi dei lavori preparatori (pag. 27 segg.). La legge italiana del 1903 ebbe come principale riferimento le disposizioni vigenti in Belgio e, in particolare la legge 29 giugno 1887 «*sur le Concordat Préventif de la Faillite*». Su questa legge v. anche L. LOWET-J. DESTREE, *Du concordat préventif de la faillite*, Bruxelles, 1892. Sulle successive modifiche legislative in Belgio, da ultimo: A. ZENNER, *La loi sur la continuité des entreprises revisitée par la loi du 27 mai 2013*, Bruxelles, 2013.

⁽⁸⁾ Così L. BOLAFFIO, *op. cit.*, pag. 2.

⁽⁹⁾ Per tutti, U. NAVARRINI, *op. cit.*, pag. 308; G. BONELLI, *op. cit.*, pag. 189, parla di «*ancora di salvezza al debitore disgraziato, ma anche nell'interesse dei creditori*».

decreto può, sotto pena di nullità, intraprendere o proseguire atti d'esecuzione forzata, acquistare qualsiasi diritto di prelazione sopra i beni mobili del debitore, né iscrivere ipoteche».

I successivi commi dell'art. 7 regolavano la sospensione di prescrizioni e decadenze e la scadenza dei debiti pecuniari.

La dottrina si confrontò con la nuova disposizione, che bloccava ogni azione dei creditori sin dal momento del deposito del ricorso da parte del debitore, e venne subito osservato che questo meccanismo appariva diverso rispetto alle legislazioni straniere, alle quali si era ispirata la legge del 1903. I modelli stranieri, infatti, subordinavano la sospensione delle azioni esecutive ad una fase più avanzata del procedimento ⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ Per dettagli cfr. G. BONELLI, *op. cit.*, pagg. 229 e 230, testo e note, che richiama le leggi vigenti in Belgio, Francia e Svizzera: in queste legislazioni il blocco delle azioni era successivo ad un giudizio di ammissibilità della domanda.

In Belgio l'art. 5 della legge 29 giugno 1887 stabiliva che il tribunale, se riteneva ammissibile la richiesta di concordato, convocava i creditori e designava il giudice incaricato del procedimento: questa pronuncia che dava seguito alla domanda di concordato «*comporta di pieno diritto una sospensione provvisoria di tutti gli ulteriori atti di esecuzione*» («*entraîne de plein droit, au profit du débiteur, un sursis provisoire à tous actes ultérieurs d'exécution*»). Il successivo art. 6 stabiliva il divieto per il debitore, durante la procedura, di alienare o ipotecare i propri beni senza autorizzazione del giudice delegato. La dottrina ha chiarito che si trattava di una semplice sospensione la quale comportava che «*momentanément*» non potevano essere compiuti nuovi atti di esecuzione: se la procedura era iniziata e il bene era sottoposto a custodia, la custodia non veniva travolta, ma la vendita restava sospesa: cfr. L. LOWET-J. DESTREE, *op. cit.*, pag. 67 e pag. 157, dove gli A. aggiungono che dopo la omologazione il creditore poteva proseguire gli atti di esecuzione nei limiti della percentuale concordataria, ad eccezione del caso in cui era prevista la cessione dei beni ai creditori («*abandon d'actif*»), perché in questo caso i beni sarebbero stati venduti dai liquidatori nominati dal Tribunale. Nello stesso senso, C. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, Parigi-Bruxelles, 1906, pag. 82 segg., il quale osserva che la ammissione al concordato preventivo comporta la sospensione delle azioni esecutive, ma non impedisce di eseguire misure di carattere conservativo e cautelare. L'esecuzione può essere proseguita durante la procedura di omologazione dell'accordo soltanto nei casi eccezionali previsti dalla legge (ad esempio, crediti tributari). Per stabilire se dopo la omologazione i creditori potranno proseguire l'esecuzione, continua l'Autore, occorre avere riguardo al contenuto del concordato: se è previsto l'abbandono dei beni ai creditori, le azioni esecutive resteranno bloccate e i beni saranno venduti dai liquidatori nominati dal tribunale. Va segnalato che l'art. 21 della legge sul concordato preventivo del 17 luglio 1997 continuava a parlare di sospensione («*sursis*») delle azioni esecutive. Gli artt. 30 segg. della legge 31 gennaio 2009 hanno previsto che le azioni esecutive non possono essere proseguite e resta fermo l'effetto conservativo del pignoramento (*saisie*), ma il tribunale in casi eccezionali può revocare il pignoramento, dopo avere sentito il creditore e il debitore.

In Francia l'art. 5 della legge 4 marzo 1889 stabiliva che a far data dalla sentenza che dichiarava aperta la procedura di liquidazione giudiziaria tutte le azioni, anche esecutive, dovevano essere promosse contro i liquidatori, non poteva procedersi a iscrizioni sui beni del debitore e non potevano essere proseguite («*poursuivre*») azioni esecutive immobiliari, ad eccezione delle esecuzioni sui beni oggetto di ipoteca. Nel sistema francese i liquidatori dovevano farsi carico della liquidazione dei beni del debitore.

La dottrina francese affermava che l'art. 5 comportava una «*suspension des poursuites*

I commentatori erano però univoci nel ritenere che l'effetto moratorio dovesse essere ricollegato al decreto di convocazione dei creditori.

In altri termini, il decreto, emesso dal Tribunale per convocare i creditori dopo la verifica delle condizioni di ammissibilità del ricorso, produceva un effetto retroattivo.

Con questa interpretazione la dottrina voleva contemperare l'esigenza di tutela dei singoli creditori e lo scopo della norma, che era diretta ad «*impedire che qualche creditore, sollecitamente informato della presentazione del ricorso, sfruttando il ritardo che il Tribunale, anche soltanto per esigenze di servizio, può frapporre all'emanazione del decreto, con fulminea rapidità – di cui si ebbero deplorabili e ripetuti esempi nella abrogata procedura di moratoria (...) – acquisiti o tenti di procurarsi diritti di priorità di fronte agli altri creditori*» ⁽¹¹⁾.

individuelles»: C. ROBERT, *De la liquidation judiciaire des sociétés*, Bourdeaux, 1896, pag. 104. In questo paese, nel caso in cui non si raggiungevano le maggioranze per il concordato, i liquidatori dovevano proseguire la loro attività e vendere i beni del debitore e non era previsto che si aprisse necessariamente il fallimento, che era soltanto uno dei possibili esiti della procedura: cfr. C. ROBERT, *op. cit.*, pag. 203 segg.

La legge del 4 marzo 1989 è stata successivamente abrogata e sostituita da altre disposizioni, che hanno mantenuto la sospensione delle azioni esecutive: R. MARINONI, *Il redressement judiciaire des entreprises nel diritto fallimentare francese*, Milano, 1989, pag. 44. Per le successive modifiche alla legislazione in Francia, si vedano i richiami in A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, pag. 32, nonché gli articoli citati nella nota 1.

⁽¹¹⁾ L. BOLAFFIO, *op. cit.*, pag. 72. Nello stesso senso G. BONELLI, *op. cit.*, p. 230; U. NAVARRINI, *op. cit.*, pag. 319, il quale tratta del divieto di azioni esecutive quando esamina gli effetti del decreto che apre la procedura e scrive che il decreto produce un effetto «*moratorio: ossia la sospensione (sotto pena di nullità) delle azioni esecutive, iniziate o da iniziarsi (si comprende, non dei giudizi di cognizione) – a cominciare (retroattivamente) dal giorno del ricorso e a terminare al momento in cui diviene definitivamente esecutiva la sentenza di omologazione del concordato*». In nota l'autore precisa: «*non basta dunque il semplice ricorso a rendere nulli gli atti iniziati: occorre, sia pure con effetto retroattivo, che venga il decreto di convocazione*». Nello stesso senso, U. PIPPA, *op. cit.*, pag. 23, testo e nota 2, il quale riassume la posizione univoca della dottrina nel vigore del vecchio codice: «*stando alla lettera della legge parrebbe che la semplice presentazione del ricorso fosse sufficiente a determinare l'effetto moratorio: cosicché, di fronte all'esibizione all'ufficiale giudiziale procedente di un certificato della Cancelleria di presentazione di un ricorso al Tribunale per la convocazione dei creditori, dovessero senz'altro arrestarsi tutti gli atti esecutivi, od impedirsi la concessione di garanzie reali o personali. Ciò sarebbe eccessivo: basterebbe infatti ad un debitore di dubbia fede inscenare la presentazione di un semplice ricorso per paralizzare ed immobilizzare la legittima azione dei creditori, accordando ad un atto di parte, anteriormente a qualunque sindacato dell'autorità giudiziaria, così gravi effetti moratori. È invece solo al decreto di convocazione dei creditori, ed all'effetto retroattivo di esso, che possono attribuirsi tali effetti. L'arresto delle azioni esecutive individuali si verifica in quanto il Tribunale – deliberata l'ammissibilità del ricorso e l'esistenza dei presupposti di legge – ordini la convocazione dei creditori per deliberare sul medesimo. Finché perciò non venga emanato tale decreto, ogni creditore può sempre, astrattamente e sotto la propria responsabilità personale, valersi dei mezzi comuni che la legge pone a sua disposizione. E proseguire negli atti esecutivi, senza che la semplice esibizione del ricorso possa costringere l'ufficiale giudiziale ad arrestare l'esecuzione, o il conservatore delle ipoteche a rifiutare la chiesta iscrizione di garanzie reali*».

La dottrina ebbe pure ad osservare che, a differenza del fallimento, l'arresto delle azioni esecutive individuali era prodotto, «*con maggiore efficacia immediata, dal decreto di convocazione. E diciamo con maggiore efficacia perché esso opera retroattivamente fino alla data di presentazione del ricorso*»⁽¹²⁾.

La legge bloccava soltanto le azioni esecutive, mentre i giudizi di cognizione, comprese le azioni di risoluzione contrattuale, potevano essere iniziati o proseguiti.

Il divieto di iniziare e proseguire azioni esecutive veniva sottoposto ad un termine finale: dopo che la sentenza di omologazione era divenuta definitivamente esecutiva, i creditori riacquistavano le loro prerogative.

Questa precisazione sul termine finale era diretta a disciplinare l'ipotesi di concordato dilatorio, per chiarire che, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione (che comportava pure la cessazione delle funzioni del commissario giudiziale), veniva meno il divieto di azioni esecutive e i creditori potevano agire per la soddisfazione coattiva dei rispettivi crediti⁽¹³⁾.

Il divieto di azioni non comprendeva le azioni cautelari, che non comportavano la disgregazione del patrimonio del debitore, e neppure le esecuzioni per consegna o rilascio⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Così G. BONELLI, *op. cit.*, pag. 223, il quale aggiunge che il divieto riguardava pure i creditori ipotecari e pignorati e non subiva le eccezioni vigenti per il fallimento. Ciò in quanto il fallimento ha come «*scopo diretto la liquidazione, e si tratta solo di accentrare, per quanto possibile la liquidazione stessa nel curatore allo scopo di unificare il procedimento esecutivo e non di evitarlo*», sicché le deroghe al divieto di azioni esecutive non contraddicono lo scopo del fallimento, mentre la dilazione, nel caso di concordato preventivo, era diretta a consentire al debitore di accordarsi con i propri creditori e restare a capo della sua azienda (G. BONELLI, *op. cit.*, pag. 234). Nello stesso senso, tra i tanti, U. NAVARRINI, *op. cit.*, cit., pag. 320.

⁽¹³⁾ U. NAVARRINI, *op. cit.*, pag. 319, testo e nt. 2; G. BONELLI, *op. cit.*, p. 231, testo e nt. 3; U. PIPIA, *Del Fallimento*, Torino, 1931, pag. 24, il quale precisa che la sentenza di appello deve essere considerata «*definitivamente esecutiva*» anche se non è «*decorso il termine per il rimedio straordinario del ricorso in cassazione*». Anche L. BOLAFFIO, *op. cit.*, pag. 74 segg., rileva che per sentenza di omologazione «*definitivamente esecutiva*» deve intendersi la sentenza di primo grado passata in giudicato ovvero la sentenza di appello, sebbene impugnata in cassazione. L'A. ricorda pure che la successiva riforma del 1930 ha modificato l'art. 24 della legge del 1903 per chiarire che il debitore era tenuto ad adempiere gli obblighi derivanti dalla sentenza di omologazione sin dalla data della sentenza di primo grado, «*anche quando contro la sentenza di omologazione sia proposto gravame*», rafforzando la efficacia esecutiva delle sentenze che venivano emesse in questa materia, anche se non ancora passate in giudicato; se la sentenza di primo grado veniva impugnata, l'unica conseguenza era data dal fatto che il debitore doveva depositare le somme dovute presso un istituto di credito designato dal giudice delegato.

⁽¹⁴⁾ G. BONELLI, *op. cit.*, pag. 232, nt. 4. L'esecuzione per consegna rilascio ha infatti ad oggetto beni che non appartengono al patrimonio responsabile del debitore.

3. *I chiarimenti della dottrina sulla portata del divieto di azioni esecutive.* – La violazione del divieto di azioni esecutive comportava la «nullità» degli atti esecutivi.

Questa sanzione apparve molto grave, ma rispondeva ad esigenze pratiche: se il debitore o la massa dei creditori avessero dovuto proporre un giudizio di annullamento degli atti esecutivi e delle cause di prelazione, vi sarebbero stati gravi ritardi e notevoli inconvenienti, tali da vanificare l'utilità dell'istituto.

La nullità invece operava *ipso iure* ⁽¹⁵⁾.

La dottrina tuttavia, volle precisare entro quali limiti operava la sanzione di nullità, che appariva eccessiva rispetto allo scopo del divieto di azioni esecutive.

Un primo temperamento era costituito dalla affermazione secondo la quale il divieto scattava soltanto dopo il decreto di convocazione dei creditori, anche se con effetto retroattivo.

Quanto ai presupposti ed alle sorti di questa «nullità» in relazione ai successivi sviluppi della procedura concorsuale, venne sottolineato che la nullità si concretizzava in una forma di «sospensione» ⁽¹⁶⁾ o di «moratoria» ⁽¹⁷⁾ delle azioni esecutive in attesa dello svolgimento della procedura di omologazione, che era destinata a concludersi con la concessione del beneficio ovvero con il fallimento.

Questa interpretazione era anche una conseguenza del tenore letterale della norma, che dichiarava nulli gli atti diretti a «*intraprendere o proseguire*» l'esecuzione forzata: per i procedimenti esecutivi pendenti la legge vietava la loro prosecuzione, ma non stabiliva che gli atti già compiuti fossero travolti.

La domanda di concordato, che aveva determinato questa stasi dei processi esecutivi pendenti, poteva avere due esiti: se accolta, gli atti esecutivi e le cause di prelazione successivi al deposito della domanda dovevano essere considerati nulli ed improduttivi di effetti, in quanto assorbiti dalla procedura di concordato.

Altro possibile esito della domanda era la dichiarazione di fallimento, che doveva essere dichiarato di ufficio ⁽¹⁸⁾: in questa ipotesi gli atti esecuti-

⁽¹⁵⁾ G. BONELLI, *op. cit.*, pag. 230.

⁽¹⁶⁾ In questo senso, G. BONELLI, *op. cit.*, pag. 233; U. PIPIA, *op. cit.*, pag. 27.

⁽¹⁷⁾ U. NAVARRINI, *op. cit.*, pag. 319. Parla invece di «arresto» G. BOLAFFIO, *op. cit.*, pag. 73.

⁽¹⁸⁾ L'art. 20 della legge n. 107 del 1903, stabiliva che nel caso di mancata omologazione «*il Tribunale dichiara il fallimento di ufficio*». Nel corso del giudizio di omologazione era prevista la dichiarazione del fallimento di ufficio se l'istanza veniva dichiarata inammissibile (art. 3) o se il creditore aveva compiuto atti di amministrazione straordinaria senza l'autorizzazione del giudice delegato o aveva compiuto atti in frode ai creditori (art. 10). Queste disposizioni, peraltro, erano applicazione del principio generale contenuto nell'art. 684 del co-

vi avrebbero avuto la sorte prevista dalle norme sulla procedura fallimentare ⁽¹⁹⁾.

Le norme sul fallimento, a loro volta, prevedevano la nullità di tutti gli atti pregiudizievoli ai creditori e dei pagamenti compiuti dal debitore dopo la cessazione dei pagamenti ⁽²⁰⁾.

Quel che è certo, è che il sistema aveva una sua coerenza: dopo il deposito della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, si sarebbe aperta una procedura concorsuale e potevano verificarsi due possibilità.

La prima era costituita dalla omologazione del concordato preventivo, che avrebbe comportato un blocco delle azioni esecutive dei creditori fino alla sentenza di omologazione del concordato.

In alternativa, il tribunale, anche di ufficio, avrebbe dichiarato il fallimento, in tutti i casi in cui il concordato non poteva essere omologato ⁽²¹⁾.

La dottrina si chiese se la domanda di ammissione al concordato preventivo potesse condurre ad esiti diversi.

dice di commercio del 1882, che prevedeva le dichiarazioni di ufficio del fallimento, che rispondeva a finalità di interesse pubblico (sulla dichiarazione di ufficio cfr. per tutti G. BONELLI, *op. cit.*, vol. VIII, parte I, pag. 103).

⁽¹⁹⁾ U. PIPIA, *op. cit.*, pag. 23, il quale scrive che se la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo viene «*accolta, gli atti che il creditore, anche se non avesse avuto notizia della presentazione della domanda, avesse compiuti, come le garanzie acquisite, diventano nulli ipso iure, giuridicamente inesistenti. Mentre, facendosi invece, e per contro, luogo alla dichiarazione del fallimento, tali atti e garanzie subiranno la sorte loro serbata dalla procedura fallimentare. Tale è l'interpretazione logica e razionale da attribuirsi all'art. 7*».

⁽²⁰⁾ La data di cessazione dei pagamenti veniva determinata dal Tribunale con la sentenza di fallimento o con una o più sentenze successive. Si trattava di un accertamento di grande importanza pratica, poiché consentiva di retrodatare gli effetti della dichiarazione di fallimento ai fini dell'esercizio delle azioni revocatorie ed era fonte di un notevole contenzioso (in quanto poteva essere impugnata da ogni interessato) e provocava notevoli incertezze: cfr. S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., pag. 200 segg., ed ivi nt. 19, ove l'A. ricorda la «*mole di questioni alla quale il sistema abrogato dava luogo*», nonché, in precedenza, Id., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1943, pag. 140. Esprimeva invece apprezzamenti per questo sistema R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, 4^a ed., vol. II, Milano, 1979, pag. 916 segg., ed ivi richiami alle diverse opinioni.

Sull'accertamento giudiziale dalla data di cessazione dei pagamenti secondo il codice di commercio del 1865, che veniva indicato sulla prassi come «*retrodatazione*» della dichiarazione di fallimento, v. pure A. CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1934, pag. 429 segg. La retrodatazione non poteva essere superiore a tre anni, ridotti a due dalla legge 10 luglio 1930, n. 995, che ha riformato il fallimento ed il concordato preventivo: cfr. U. PIPIA, *op. cit.*, pag. 337 segg.

⁽²¹⁾ La dichiarazione di fallimento di ufficio poteva avere luogo: nella fase preliminare, prima della convocazione dei creditori, se mancavano i presupposti di ammissibilità previsti dall'art. 3 della legge del 1903; in tutto il corso del giudizio di omologazione, se il debitore compiva atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione o se compiva altri atti in frode ai creditori (art. 10); se il Tribunale riteneva che non vi erano i presupposti di legge per l'omologazione (art. 20).

La risposta al quesito era solitamente negativa, in quanto la legge prevedeva un automatismo: alla mancata omologazione, comunque motivata, conseguiva necessariamente «*la immediata pronuncia di una sentenza dichiarativa del fallimento*» dell'imprenditore, che aveva già confessato il proprio stato di insolvenza ⁽²²⁾: al riguardo l'art. 20 della legge del 1903 era perentorio e stabiliva che se «*il concordato non è omologato, il Tribunale dichiara d'ufficio il fallimento*».

Parte della dottrina invece affermava che in casi residuali si potesse ipotizzare una chiusura del giudizio di omologazione senza l'apertura di una procedura concorsuale: per dichiarare il fallimento il tribunale doveva infatti verificare di ufficio i presupposti stabiliti dal codice di commercio, ovvero che il debitore era un commerciante e si trovava in stato di cessazione dei pagamenti, e poteva accadere che mancasse uno di questi presupposti ⁽²³⁾.

Si trattava tuttavia di una dottrina minoritaria e le ipotesi in cui si poteva escludere la dichiarazione di fallimento erano rare a verificarsi.

4. *La evoluzione della dottrina e della legislazione nel passaggio ai codici del 1942: dalla sanzione di nullità alla categoria della inefficacia nei confronti dei creditori.* – Per ottenere lo scopo di bloccare le azioni esecutive successive al deposito della domanda di concordato preventivo, il legislatore del 1903 aveva stabilito la «*nullità*» degli atti di esecuzione. La legge sul concordato preventivo prevedeva pure la nullità degli atti diretti a costituire diritti di prelazione, al fine di salvaguardare la integrità del patrimonio responsabile del debitore, nell'interesse della massa dei creditori concorrenti e nell'interesse dell'impresa che poteva essere salvata.

Si deve peraltro ricordare che, prima delle riforme degli anni '40 del secolo scorso, il legislatore utilizzava la categoria della nullità in tutti i casi in cui voleva evitare che un bene fosse distratto dalla sua funzione di garanzia patrimoniale a tutela dei creditori.

Si trattava, tuttavia, di un mezzo eccedente rispetto allo scopo, tanto che le successive riforme, sulla scorta delle indicazioni della dottrina, hanno utilizzato la categoria della inefficacia relativa o della inopponibilità ⁽²⁴⁾.

Per ripercorrere l'evoluzione normativa che ha sancito il passaggio della nullità alla inefficacia relativa, valga ricordare le modifiche legislative intervenute sul regime degli atti di disposizione dei beni pignorati e in materia di azioni revocatorie.

⁽²²⁾ G. BONELLI, *op. cit.*, vol. VIII, parte III, pag. 298; U. NAVARRINI, *op. cit.*, pag. 335.

⁽²³⁾ U. PIPÀ, *op. cit.*, pag. 94.

⁽²⁴⁾ Su questa categoria, v., anche per richiami V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, pag. 323 segg., e spec. pag. 350 segg.; R. SCOGNAMIGLIO, *Inefficacia (diritto privato)*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 1989, pag. 10 segg.

Nella vigenza del codice del 1865, sulla base della legislazione francese, alla quale si erano ispirate le leggi italiane ⁽²⁵⁾, si riteneva che il divieto di alienazione dei beni pignorati comportasse la nullità degli atti di disposizione compiuti dal debitore ⁽²⁶⁾.

Tuttavia, in considerazione dello scopo del divieto, la dottrina era arrivata a superare questa lettura delle norme allora vigenti ed aveva affermato che, per garantire la destinazione dei beni pignorati allo scopo di soddisfare i creditori, fosse sufficiente riconoscere l'inefficacia, o l'inopponibilità, delle alienazioni rispetto ai creditori.

Nel caso di vendita dei beni pignorati, il negozio doveva considerarsi in sé valido, ma non produttivo di tutti o alcuni effetti, per la presenza di una circostanza estrinseca ⁽²⁷⁾.

In questo senso, le disposizioni in materia di pignoramento, che sono contenute negli artt. 2913 segg. del codice civile del 1942, hanno sancito la (mera) inefficacia relativa degli atti di alienazione dei beni pignorati e degli altri atti che ne limitano la disponibilità.

Sulla scorta di autorevole dottrina, si può affermare che, nei casi di inefficacia relativa, la struttura dell'atto è conforme allo schema previsto dalla norma. L'atto è in sé valido, ma l'effetto a cui è rivolto interferisce con interessi esterni e incompatibili con la struttura dell'atto ⁽²⁸⁾: segnatamen-

⁽²⁵⁾ In questo senso, ad esempio L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, vol. VI, Torino, 1896, pag. 79. Parlava invece di annullabilità L. MORTARA, *Commentario del codice delle leggi di procedura civile*, vol. VII, Milano, s.d. (ma 1909), pag. 289. Per richiami, v. T. CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936, pag. 81 segg., e spec. pag. 95 segg. Nel senso che il divieto produceva «l'inefficacia delle alienazioni», ma non la «nullità assoluta ed essenziale del contratto, in quanto che il debitore non perde la capacità di contrattare, e i beni sono colpiti da una inalienabilità affatto relativa» v. tuttavia F. RICCI, *Commento al codice di procedura civile*, 4^a ed., vol. III, Firenze, 1883, pag. 169, che richiama una sentenza della Corte di Appello di Bologna del 31 agosto 1874.

⁽²⁶⁾ L'art. 2085 del codice civile del 1865 stabiliva che dalla data della trascrizione del precetto «il debitore non può alienare i beni medesimi, né i frutti e ne rimane in possesso come sequestratario giudiziale». La norma, che era contenuta tra le disposizioni in materia di espropriazione immobiliare, aveva una portata generale ed era applicabile anche nelle altre forme di espropriazione: per tutti E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1937, pag. 646.

⁽²⁷⁾ L'A. che ha sviluppato in modo più convincente ed approfondito il tema della inefficacia degli atti di disposizione, consentendo di superare le precedenti incertezze della dottrina e della giurisprudenza, è stato T. CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936, pag. 81 segg. e spec. 95 segg., ove l'A. ha ripreso e sviluppato tre saggi pubblicati in *Riv. dir. proc.*, 1934, I, pag. 26 segg.; 160 segg. e 354 segg. Sulla importanza degli studi di CARNACINI per la redazione delle norme del codice civile del 1940, che regolano il pignoramento e i suoi effetti sostanziali, G. VERDE, *Il pignoramento*, Napoli, 1964, pag. 189.

⁽²⁸⁾ Per questa definizione dell'inefficacia relativa, V. SCALISI, *op. cit.*, pag. 330 segg.

te, l'inefficacia è un rimedio posto a tutela dell'interesse di terzi titolari di situazioni giuridiche che sono incompatibili con gli effetti dell'atto o che comunque sarebbero pregiudicate da tali effetti ⁽²⁹⁾.

Nei casi di inefficacia relativa, la legge interviene a tutela di interessi di terzi, che possono pure assurgere al rango di interessi generali, come nella fattispecie del pignoramento, che garantisce la destinazione del bene a tutela dei creditori ⁽³⁰⁾.

Il conflitto tra l'atto e la posizione giuridica del terzo (o dei terzi) viene risolto dal legislatore attribuendo prevalenza alle posizioni del terzo, in quanto ritenuto dal legislatore titolare di una situazione poziore, meritevole di tutela e destinata a prevalere sugli effetti dell'atto.

L'inefficacia può essere originaria o successiva e può operare con mezzi tecnici diversi. L'inefficacia originaria di solito opera automaticamente, *ipso iure*, e non occorre un accertamento giudiziale; le esigenze di tutele di soggetti terzi vengono quindi soddisfatte attraverso il meccanismo della inopponibilità, ovvero della irrilevanza, per i terzi, dell'atto lesivo delle loro posizioni giuridiche ⁽³¹⁾.

Come abbiamo detto, che la teoria dell'inefficacia relativa ha influenzato sia la redazione del codice civile vigente, approvato con R.D. 16 marzo

⁽²⁹⁾ Sul passaggio dalla concezione «arcaica», che esprimeva in termini di «nullità» la sanzione collegata agli atti di disposizione dei beni compiuti dal debitore in violazione dei diritti di creditori, al concetto di inefficacia (o inopponibilità), come strumento sufficiente per la tutela del ceto dei creditori, v., E.F. RICCI, *Espropriazione forzata e fallimento (art. 51 l.fall.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, pag. 958 segg. e spec. pag. 968 segg. Questo autore estende il regime dell'inefficacia agli atti esecutivi che vengono compiuti dai singoli creditori su beni che sono compresi nella massa fallimentare: così come l'eventuale atto di disposizione da parte del fallito è inopponibile alla massa dei creditori, allo stesso modo devono essere considerati inefficaci (e non nulli) gli atti esecutivi compiuti da singoli creditori sui beni ricompresi nella massa fallimentare. Lo scritto sviluppa le opinioni espresse dallo stesso A. in *Azioni esecutive in corso di fallimento e tutela del creditore rispetto ai terzi*, in *Giur. comm.*, 1987, I, pag. 222 segg.

⁽³⁰⁾ Sulla funzione del pignoramento come vincolo «a porte aperte» a tutela dei creditori, C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, 2ª ed., vol. IV, Torino, 2010, pag. 56 segg.; S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 13ª ed., Padova, 2000, pag. 601 segg.; S. ZIINO, *Il concorso dei creditori nell'espropriazione forzata*, Palermo, 2004, pag. 98 segg., ed ivi richiami.

⁽³¹⁾ T. CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, cit., pag. 97 segg., sottolinea che la teoria dell'inefficacia relativa consentiva di superare le interpretazioni che costringevano il creditore precedente «ad ottenere di volta in volta l'annullamento dei singoli atti». La teoria della inefficacia relativa (o della «inopposabilità», secondo la terminologia della dottrina francese), consentiva all'A. di affermare che i creditori potevano proseguire l'esecuzione senza bisogno di impugnare gli atti di disposizione del bene. Nello stesso senso, nella vigenza dei codici del 1865, S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937, pag. 176, dove si legge che, dopo il pignoramento gli atti di disposizione sono validi, ma saranno *tamquam non essent* rispetto ai creditori e «non alterano la legittimazione passiva del debitore. L'esecuzione continua a farsi contro di lui».

1942, n. 262, sia la c.d. legge fallimentare, introdotta con R.D. 16 marzo 1942, n. 267, che ha recepito al suo interno la disciplina del concordato preventivo ⁽³²⁾.

Nel codice civile, numerosi divieti e cause di nullità, che erano diretti a salvaguardare la tutela di terzi creditori, si sono convertiti in ipotesi di inefficacia relativa: innanzitutto, le disposizioni in materia di pignoramento, che abbiamo già ricordato, hanno sancito l'inefficacia relativa delle alienazioni del bene pignorato; l'art. 2919 cod. civ. ha espressamente stabilito che queste alienazioni sono «*inopponibili*» all'acquirente dei beni pignorati all'esito della vendita forzata ⁽³³⁾.

Anche le norme in materia di azione revocatoria ordinaria hanno ottenuto una nuova configurazione rispetto al codice del 1865.

Nel codice civile del 1942 il legislatore ha escluso che il compimento di atti in frode ai creditori comporti la nullità dell'atto impugnato ed ha chiaramente assegnato all'azione revocatoria lo scopo di fare dichiarare la inefficacia relativa dell'atto di disposizione, inefficacia che giova soltanto al creditore che ha esercitato l'azione ⁽³⁴⁾.

Analoghe modifiche sono state introdotte alle disposizioni in materia di azione revocatoria fallimentare: la legge fallimentare ha abbandonato la sanzione della nullità degli atti compiuti dal debitore dopo la cessazione dei pagamenti ⁽³⁵⁾ ed ha introdotto il principio secondo il quale gli atti compiuti dal debitore prima della dichiarazione di fallimento non possono essere dichiarati nulli né annullati, ma soltanto dichiarati inefficaci nei confronti della procedura concorsuale ⁽³⁶⁾.

Anche il divieto, per il debitore dichiarato fallito, di compiere atti di

⁽³²⁾ Sia consentito ricordare che, prima del 1942, il fallimento era disciplinato all'interno del codice di commercio, mentre il concordato preventivo era regolato dalla legge n. 197 del 1903.

⁽³³⁾ Su queste modifiche, per tutti, oltre a G. VERDE, *op. loc. cit.*, v. G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile. Libro sesto*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2ª ed., 1972, pag. 56 segg., *sub* art. 2913 cod. civ.

⁽³⁴⁾ Così, per tutti, R. NICOLÒ, *Della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del codice civile. Libro sesto*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1953, pag. 182, *sub* art. 2901.

⁽³⁵⁾ La nullità era sancita dall'art. 707 del codice di commercio, dove era stabilito che gli atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento erano «*nulli di pieno diritto*» mentre gli atti a titolo gratuito e i pagamenti di debiti non scaduti eseguiti dopo la cessazione dei pagamenti erano «*nulli rispetto alla massa dei creditori*». Il successivo art. 708 stabiliva invece che tutti gli atti in frode ai creditori dovevano essere «*annullati*». Per una critica all'uso di queste due diverse categorie, A. CANDIAN, *Il processo di fallimento*, cit., pag. 268, che parlava di «*dubbia precisione di termini*».

⁽³⁶⁾ In questo senso, tra i tanti, R. PROVINCIALI, *op. cit.*, pag. 892 e pag. 902 segg.; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., pag. 244 segg.; P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, 7ª ed., Milano, 2008, pag. 364.

disposizione e di eseguire pagamenti, si è convertito in una mera ipotesi di inefficacia, disciplinata dall'art. 44 legge fallim. ⁽³⁷⁾.

Il legislatore del 1942, di contro, non ha apportato nessuna sostanziale modifica alle norme previgenti che stabilivano il divieto di azioni esecutive durante il procedimento di omologazione del concordato preventivo e la legge fallimentare ha mantenuto la disposizione che sanciva la nullità degli atti di esecuzione successivi al deposito della domanda di concordato preventivo.

In questo modo il legislatore ha sostanzialmente ignorato la dottrina, che aveva ampiamente segnalato la necessità di restringere questo divieto entro limiti rigorosi, necessari per garantire lo scopo della norma: bloccare le procedure esecutive, in attesa che fosse decisa la domanda di ammissione al concordato preventivo.

5. *L'art. 168 della legge fallimentare sul divieto di azioni esecutive.* – La disposizione sugli effetti della domanda di concordato preventivo, contenuta nell'art. 168 legge fallim., riproduce sostanzialmente l'art. 7 della legge n. 197 del 1903 ed è stata interessata solo in modo marginale dalle recenti riforme.

Il testo della norma, rimasto immutato fino al primo gennaio 2008 ⁽³⁸⁾, stabilisce che dalla data di presentazione del ricorso per la ammissione al

⁽³⁷⁾ Sulla inefficacia degli atti compiuti dal fallito, che è paragonabile alla inefficacia degli atti di alienazione dei beni pignorati, per tutti, G. POLI, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in AA.VV., *Diritto delle procedure concorsuali*, a cura di G. Trisorio Liuzzi, Milano, 2013, pagg. 107 e 112; nonché, in precedenza, S. SATTA, *op. ult. cit.*, pag. 148 segg., e A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, pag. 66. L'art. 707 del codice di commercio invece stabiliva invece che tutti gli atti compiuti dal fallito dopo la sentenza di fallimento «sono nulli di pieno diritto». La dottrina aveva affermato che si trattava di una nullità relativa, che operava esclusivamente a favore della massa: U. NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. I, Bologna, 1934, pag. 200 segg.

⁽³⁸⁾ L'art. 168 legge fallim. è stato modificato una prima volta dall'art. 13 del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, recante disposizioni integrative e correttive alla legge fallimentare e al D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che aveva riformato la disciplina delle procedure concorsuali. Segnatamente, in seguito alle modifiche alla legge fallimentare introdotte dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, il giudizio di omologazione del concordato preventivo non si conclude con sentenza, ma con un provvedimento che ha la forma del decreto; il D.Lgs. n. 169/2007, che è entrato in vigore in data 1 gennaio 2008, ha sostituito le parole «fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato», che erano contenute nell'art. 168 legge fallim., con le parole «fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo».

Ulteriori modifiche all'art. 168 legge fallim. sono state introdotte dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, c.d. «decreto sviluppo», che è stato convertito con legge 7 agosto 2012, n. 134. Su queste modifiche si vedano le interessanti osservazioni di P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in questa *Rivista*, 2013, I, pag. 62 segg. Le modifiche introdotte dal D.L. n. 134 del 2012 sono entrate in vigore in data 11 settembre 2012 (cfr. art. 33, comma 3, D.L. n. 83 del 2012).

concordato preventivo e fino al passaggio in giudicato della sentenza (ora decreto, v. *infra*) di omologazione del concordato, i creditori per titolo o causa anteriore al decreto di ammissione alla procedura «non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore».

La dottrina ha osservato che questa disposizione è una «versione rammodernata del vecchio art. 7, comma 1, legge 24 maggio 1903, n. 197» ⁽³⁹⁾ e ha aggiunto che gli effetti della domanda di concordato preventivo vanno ricollegati al decreto di ammissione, anche se retroagiscono alla data di deposito del ricorso da parte del debitore ⁽⁴⁰⁾.

I commenti all'art. 168 legge fallim. hanno chiarito che le azioni di cognizione non sono ricomprese nel divieto, poiché nel concordato preventivo manca un meccanismo di verifica concorsuale dei crediti ⁽⁴¹⁾.

Sulla base delle precedenti interpretazioni, parte della dottrina ha affermato che il divieto di azioni esecutive determina la semplice inefficacia o inopponibilità degli atti esecutivi strumentali al conseguimento degli scopi della procedura ⁽⁴²⁾.

Altri autori, invece, hanno affermato che si tratta di una sanzione di nullità in senso proprio, in quanto la norma persegue uno scopo analogo al divieto di azioni esecutive sancito dell'art. 51 legge fallim. nel caso di fallimento ⁽⁴³⁾.

Il divieto di azioni esecutive è considerato rilevabile d'ufficio ⁽⁴⁴⁾, ma è stato autorevolmente osservato che il pignoramento, che era stato effettuato prima del deposito del ricorso, non resta travolto. Anche se l'azione esecutiva non potrà essere coltivata, il vincolo del pignoramento resta fermo e, nel caso di mancata ammissione al concordato preventivo senza dichiarazione di fallimento, «il debitore non riacquisterà la disponibilità del bene» ⁽⁴⁵⁾.

⁽³⁹⁾ A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Commentario della legge fallimentare*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, pag. 228.

⁽⁴⁰⁾ F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, 3^a ed., pag. 162.

⁽⁴¹⁾ Per tutti, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, 5^a ed., vol. IV, Milano, 1974, pag. 2078; più di recente, F. SALVATORE, *Commento all'articolo 168*, in AA.VV., *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli e Santoro, Torino, 2010, pag. 2135.

⁽⁴²⁾ G. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, vol. II, Napoli, 1974, pag. 1021.

⁽⁴³⁾ In questo senso, R. PROVINCIALI, *op. loc. ult. cit.* Le differenze tra il divieto sancito dell'art. 51 legge fallim. e il divieto in esame sono state invece sottolineate in giurisprudenza da Cassazione, 3 maggio 2000, n. 5511, in *Riv. esec. forzata*, 2000, pag. 471, con nota di M. FABIANI, *L'efficacia del pignoramento nel concordato preventivo successivo*.

⁽⁴⁴⁾ Così, in giurisprudenza, Cassazione, 5 febbraio 1987, n. 1115, in *Il fallimento*, 1987, pag. 605.

⁽⁴⁵⁾ S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., pag. 455, nt. 16. Nello stesso senso, G. FINOCCHIARO, *Concordato preventivo, divieto di azioni esecutive e tutela dell'aggiudicatario*, in *Riv.*

L'attenzione di dottrina e giurisprudenza si è tuttavia concentrata su altri aspetti, e, in particolare, sulla estensione del divieto: se riguardasse pure le azioni cautelari e le azioni esecutive speciali, come l'esecuzione esattoriale e per credito fondiario; ed ancora, se il divieto si comprendesse l'azione diretta ad ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto ⁽⁴⁶⁾.

6. *Conseguenze derivanti dalla abolizione della dichiarazione di fallimento di ufficio.* – La disposizione contenuta nell'art. 168 legge fallim. non è stata modificata dalla riforma del diritto fallimentare introdotta dal D.Lgs. 17 gennaio 2006, n. 5.

Il D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, c.d. decreto correttivo alla riforma della legge fallimentare, ha invece apportato alcuni ritocchi all'art. 168, comma 1, legge fallim.: ha eliminato il richiamo alla «sentenza» passata in giudicato ed ha introdotto le parole «fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo».

Si trattava di un coordinamento formale, dovuto al fatto che la riforma del 2006 aveva stabilito che il concordato preventivo viene omologato con decreto e non più con sentenza.

È importante segnalare che il c.d. decreto correttivo ha modificato pure l'art. 162 legge fallim. e l'art. 180 legge fallim., che fino a quel momento prevedevano la dichiarazione del fallimento di ufficio nel caso di inammissibilità o di rigetto della proposta di concordato ⁽⁴⁷⁾.

La riforma del 2006 aveva infatti abrogato la dichiarazione di fallimento di ufficio, che era disciplinata dall'art. 6 legge fallim.; tuttavia l'art. 162 e l'art. 180 legge fallim. erano rimasti immutati e continuavano a prevedere due ipotesi di fallimento di ufficio, che sono state definitivamente abrogate dal c.d. decreto correttivo.

La abolizione del fallimento di ufficio ha comportato un aumento notevole dei casi in cui il procedimento, che inizia con la domanda di concor-

dir. proc., 2002, pagg. 619 segg. e spec. 632 segg. Nello stesso senso, F. SALVATORE, *op. cit.*, pag. 2134.

⁽⁴⁶⁾ Per richiami su alcuni di questi temi, senza pretese di completezza, A. SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, pag. 1001 segg.; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., pag. 455; M. FABIANI, *L'esecuzione del contratto preliminare nel concordato preventivo*, in *Il fallimento*, 2002, pag. 735. Sulla possibilità di riprendere le azioni esecutive individuali, v. Tribunale Crema, 18 marzo 1989, in *Il fallimento*, 1989, pag. 1149, con nota di V. NAPOLEONI, *Il limite temporale finale del divieto di azioni esecutive nei confronti del debitore concordatario*.

⁽⁴⁷⁾ L'art. 162 legge fallim. è richiamato dall'art. 179 legge fallim., che regola la mancata approvazione del concordato. Anche in questo caso, è venuta meno la dichiarazione di fallimento di ufficio.

dato preventivo, è destinato a concludersi con una mera pronuncia di inammissibilità o di rigetto.

E non va trascurato che la dichiarazione di fallimento contestuale alla pronuncia di inammissibilità è possibile soltanto se vi è stata l'iniziativa di un creditore nella fase preliminare in cui il tribunale vaglia la ammissibilità dell'istanza; tuttavia è raro che i creditori intervengano in questa fase ⁽⁴⁸⁾.

La possibilità di proporre istanza di concordato senza temere, in caso di esito negativo, la certezza della dichiarazione di fallimento ha incentivato il ricorso a questa procedura e molti imprenditori hanno utilizzato lo strumento del concordato preventivo al solo fine di evitare o ritardare le azioni esecutive dei creditori.

Le possibili conseguenze pregiudizievoli per i creditori si sono aggravate in seguito alle novità introdotte dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, c.d. «*decreto sviluppo*», che ha introdotto il c.d. concordato in bianco ⁽⁴⁹⁾ ed ha esteso il divieto di azioni esecutive alle azioni cautelari sul patrimonio del debitore ⁽⁵⁰⁾.

Il c.d. «*decreto sviluppo*» ha pure stabilito che il blocco delle azioni esecutive e cautelari si produce dal giorno della pubblicazione del ricorso per concordato preventivo nel registro delle imprese, e non più dalla data del deposito in cancelleria ⁽⁵¹⁾. Ai sensi dell'art. 161, comma 5, legge fallim., il cancelliere deve curare le pubblicazioni nel registro delle imprese della domanda di concordato preventivo «entro il giorno successivo al deposito in cancelleria».

⁽⁴⁸⁾ Il problema dello scostamento temporale tra la dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato e la dichiarazione di fallimento è esaminato da G. CANALE, *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, in *Giur. comm.*, 2011, I, pag. 358 segg. e spec. 362 segg., il quale ritiene che nel caso di fallimento non contestale sarebbe applicabile il principio di consecuzione delle procedure concorsuali. Questo principio tuttavia ha già dato luogo a incertezze applicative e appare in contrasto con i principi ispiratori della riforma del 2006, che ha voluto mitigare i gravi problemi che derivavano dalla retrodatazione degli effetti del fallimento e, a questo scopo, ha ridotto il c.d. periodo sospetto nel caso di azioni revocatorie fallimentari ed ha introdotto termini di decadenza dal compimento dell'atto per l'esercizio delle stesse azioni.

⁽⁴⁹⁾ Sul tema, anche per richiami, P. FARINA, *op. cit.*, pag. 62 segg., la quale segnala che, in seguito alla introduzione del c.d. concordato in bianco, sono aumentati i casi in cui la domanda di concordato viene proposta a meri fini dilatori e si conclude con un nulla di fatto. V. pure L. SALVATO, *Nuova regola per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Il fallimento*, 2013, n. 10, pag. 1209 segg.

⁽⁵⁰⁾ Il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, è stato convertito con legge 7 agosto 2012, n. 134. Questo decreto legge ha aggiunto nell'art. 168, ultimo comma, legge fallim., la seguente frase: «Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato».

⁽⁵¹⁾ L'art. 161, comma 5, legge fallim., è stato modificato dall'art. 33, comma 1, lett. b), n. 3 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83.

Sulla base di queste innovazioni, si rende necessario esaminare la sorte delle azioni esecutive pendenti prima della domanda di concordato, laddove la domanda di concordato sia dichiarata inammissibile ovvero respinta, senza contestuale dichiarazione di fallimento.

7. *L'art. 168 legge fallim. vieta di «proseguire» le procedure di espropriazione forzata individuale, che restano sospese in attesa dell'esito della domanda di concordato.* – Come detto, in seguito al deposito della domanda di concordato preventivo, il tribunale può emettere una pronuncia, che si limiti ad impedire l'accesso del debitore alla procedura di concordato.

Occorre interrogarsi sulla sorte delle procedure di espropriazione pendenti, alle quali vanno assimilate le nuove azioni esecutive, iniziate dai creditori dopo il deposito della domanda di concordato, nel caso in cui, per una qualsiasi ragione, il concordato preventivo non venga omologato, né venga dichiarato il fallimento.

La questione ha notevole rilevanza, sia teorica che pratica, e l'interprete deve farsi carico dell'esigenza di evitare conseguenze pregiudizievoli per i singoli creditori.

Ora, va segnalato che alcune pronunce di giudici di merito hanno affermato che per effetto del solo deposito della domanda di concordato preventivo il giudice dell'esecuzione deve dichiarare improcedibili le esecuzioni pendenti ⁽⁵²⁾.

In questo modo si consente al debitore di ottenere la liberazione dei beni dal vincolo del pignoramento, con grave pregiudizio per i creditori, pregiudizio che diviene irreparabile se, nel frattempo, il debitore ha alienato a terzi i beni oggetto del pignoramento.

In altri casi, invece, la giurisprudenza ha affermato che il divieto di compiere atti dell'esecuzione costituisce un caso di sospensione (o di improcedibilità temporanea) del processo esecutivo fino al passaggio in giudicato del provvedimento di omologazione; se il concordato non viene omologato, la sospensione viene meno e il creditore può proseguire l'azione esecutiva individuale ⁽⁵³⁾.

Ad avviso di chi scrive, lo scopo del divieto di azioni esecutive individuali, che era stato immediatamente segnalato dai commenti all'art. 7,

⁽⁵²⁾ Cfr. Tribunale Pesaro, 16 marzo 2012; Tribunale Reggio Emilia, 6 febbraio 2013, n. 216; Tribunale Aosta, 27 settembre 2013, e Tribunale Trento, 11 dicembre 2013, tutti reperibili nel sito www.ilcaso.it.

⁽⁵³⁾ Tribunale Bari, 18 novembre 2013, reperibile nel sito www.ilcaso.it. Nello stesso senso, Tribunale Perugia, 14 maggio 2013, inedita che, nel caso di una espropriazione immobiliare, in seguito alla presentazione della domanda di concordato preventivo, ha invitato il professionista delegato alla vendita a soprassedere da ogni attività, in attesa di nuove disposizioni da parte del giudice dell'esecuzione. Dopo la dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato, su istanza dei creditori l'espropriazione ha ripreso il suo corso.

comma 1, della legge n. 197 del 1903 ⁽⁵⁴⁾, è soltanto quello di salvaguardare il patrimonio del debitore in attesa dell'esito del giudizio di omologazione.

Pertanto, va condivisa la tesi secondo la quale il divieto di azioni esecutive comporta soltanto la impossibilità di proseguire le espropriazioni pendenti, tesi che è conforme ad alcune precedenti decisioni della giurisprudenza ⁽⁵⁵⁾ ed è supportata da autorevole dottrina ⁽⁵⁶⁾.

Invero, al fine di bloccare le azioni esecutive e salvaguardare la integrità del patrimonio del debitore in attesa di una pronuncia sulla ammissibilità del concordato preventivo, non è necessario comminare la nullità degli atti dell'esecuzione, ed è sufficiente prevedere una mera inefficacia di questi atti rispetto alla procedura concorsuale, per l'ipotesi in cui il debitore venga ammesso al concordato e i beni abbiano una destinazione incompatibile con la procedura esecutiva singolare.

Per queste ragioni non appare corretto ritenere che la violazione del divieto comporti la nullità assoluta degli atti esecutivi o la improcedibilità delle espropriazioni pendenti.

La fattispecie va inquadrata tra i casi di inefficacia (o inopponibilità): eventuali atti dell'esecuzione sono inopponibili ai creditori concorsuali, mentre producono i loro effetti nei confronti del debitore ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁴⁾ G. BONELLI, *op. cit.*, pag. 233; e U. PIPIA, *op. cit.*, pag. 27, parlavano infatti di «*sospensione*», destinata a cessare con il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato. U. NAVARRINI, *op. cit.*, pag. 319, parlava di «*moratoria*», e G. BOLAFFIO, *op. cit.*, pag. 73, di «*arresto*».

⁽⁵⁵⁾ Prima della riforma della legge fallimentare del 2006, cfr. Tribunale Roma, 30 settembre 1997, in questa *Rivista*, 1998, II, pag. 146, con osservazione di G. RAGUSA MAGGIORE (che esamina altre questioni affrontate dal Tribunale), e Cassazione, 25 giugno 1990, n. 6424, inedita, dove si legge che il divieto opera «*per un tempo limitato alla durata della procedura*».

⁽⁵⁶⁾ Si vedano S. SATTA, *Diritto fallimentare*, pag. 455, nt. 16; G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, pag. 617 segg.; P. FARINA, *op. cit.*, pag. 76 segg., la quale fa leva pure su una lettura costituzionalmente corretta e conforme all'art. 24 Cost. A. BONSIGNORI, *op. cit.*, pag. 242 segg., afferma che il processo non può proseguire, ma poco dopo aggiunge che il «*processo d'espropriazione non è soltanto sospeso, ma addirittura già estinto, perché i beni del concordato omologato sono destinati al pagamento della percentuale, mentre si apre il fallimento, tutto diviene assorbito; ragionare altrimenti significherebbe, infine, postulare la sopravvivenza dell'azione esecutiva quando i procedimenti concorsuali ne hanno attratto l'oggetto*». L'A. in questo modo conferma che dovrebbe trattarsi di sospensione, ma, poiché il destino dell'impresa è ormai segnato, aggiunge che la procedura di espropriazione singolare non ha più ragion d'essere. In seguito alla riforma del 2006-2007, il destino dell'impresa, che presenta domanda di concordato preventivo, non vi è alcuna certezza che avrà luogo una procedura concorsuale.

⁽⁵⁷⁾ Le considerazioni svolte nel testo inducono inoltre ad affermare che il divieto di azioni esecutive non impedisca ai creditori muniti di titolo di dare inizio a nuove procedure esecutive. I singoli creditori, infatti, potrebbero avere interesse a bloccare il patrimonio del debitore, nel timore di atti di disposizione, fermo restando che le nuove procedure resteranno sospese nella fase iniziale e che potranno essere riassunte soltanto se il bene, per effetto

Durante il giudizio di omologazione del concordato preventivo, il procedimento esecutivo dovrà necessariamente subire una stasi, perché altrimenti verrebbero meno gli effetti c.d. protettivi della domanda di concordato.

Si è parlato di improcedibilità temporanea ⁽⁵⁸⁾, ma appare più corretto affermare che si tratta di un caso di sospensione *ex lege* del processo esecutivo ⁽⁵⁹⁾: siamo infatti in presenza di un caso in cui il procedimento esecutivo non può proseguire in forza di una espressa disposizione di legge.

Per effetto della sospensione, nessun atto del processo esecutivo potrà essere compiuto.

Il divieto di dare impulso al procedimento opera *ipso iure* ed è rilevabile di ufficio, in quanto posto anche a tutela di soggetti esterni al procedimento esecutivo: segnatamente, il divieto mira a salvaguardare gli interessi della massa dei creditori.

Se la causa di sospensione viene meno, il processo potrà essere riassunto. La legge non stabilisce il termine per la riassunzione ed è compito dell'interprete individuare tale termine e il momento da cui decorre.

Innanzitutto si deve ritenere che il processo potrà essere riassunto soltanto dopo il passaggio in giudicato del provvedimento che decide sulla domanda di concordato: questa lettura risponde ad esigenze di certezza ed è conforme alla lettera dell'art. 168 legge fallim., che prevede come termine finale del divieto di azioni esecutive il "*momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo*".

Sulla base di una interpretazione analogica dell'art. 627 cod. proc. civ., il termine per la riassunzione dovrebbe essere di sei mesi, che decorrono dalla conoscenza legale ⁽⁶⁰⁾ del decreto che dichiara inammissibile la domanda di concordato preventivo o che comunque definisce la procedura con un provvedimento diverso dalla omologazione.

Se il concordato viene omologato, la riassunzione sarà consentita soltanto se si trattava di un concordato dilatorio, che non prevedeva la cessione a terzi del bene oggetto di espropriazione singolare.

del concordato omologato dal tribunale, non ha ricevuto una destinazione incompatibile con la procedura di espropriazione singolare.

⁽⁵⁸⁾ Così Tribunale Roma, 30 settembre 1997, cit.

⁽⁵⁹⁾ In questo senso, v. pure P. FARINA, *op. cit.*, pag. 77; G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, pag. 636.

⁽⁶⁰⁾ Si ricorda che secondo la Corte costituzionale il termine per la riassunzione del processo sospeso può iniziare a decorrere soltanto dalla conoscenza legale della cessazione della causa di estinzione: cfr. Corte cost., 4 marzo 1970, n. 34, in *Foro it.*, 1970, I, pag. 681, con nota di V. ANDRIOLI. Identici principi sono stati affermati in materia di riassunzione del processo interrotto: cfr. Corte cost., 15 dicembre 1967, n. 139 e Corte cost., 6 luglio 1971, n. 159. Per ulteriori richiami, v. C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., vol. II, pag. 185 e pag. 200.

In tutti gli altri casi di omologazione il bene subirà il destino previsto dalla proposta di concordato, mentre nell'ipotesi di fallimento il bene pignorato sarà attratto nella massa fallimentare con facoltà del curatore di subentrare nell'espropriazione ai sensi dell'art. 107 legge fallim.

In definitiva, si può concludere che il divieto di azioni esecutive va applicato in modo conforme al suo scopo, che è quello di salvaguardare l'unità del patrimonio dell'imprenditore in attesa che si conosca l'esito della domanda di concordato.

Le procedure esecutive pendenti non vengono travolte dalla domanda di concordato, ma restano soltanto sospese, fino alla omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni o, in alternativa, alla dichiarazione di fallimento.

Se non si verificano queste due ipotesi, il creditore potrà riassumere la procedura esecutiva, per ottenere la soddisfazione dei suoi diritti.